

## **Tema di diritto amministrativo e giustizia amministrativa.**

*Elementi essenziali del provvedimento amministrativo e nullità strutturale. Tratti il candidato anche degli strumenti di tutela giurisdizionale.*

### **Svolgimento di Roberto Giovagnoli**

La invalidità di un atto è, in via generale, la difformità di tale atto dal diritto e determina la sanzione della inefficacia definitiva dello stesso; tale sanzione può essere automatica, come nel caso della nullità, che opera di diritto, o può necessitare di una apposita applicazione giudiziale, come nel caso dell'annullabilità, che non si determina automaticamente ma deriva da una decisione del giudice su sollecitazione del ricorrente.

Le **due forme di invalidità** costituiscono entrambe una qualificazione negativa dell'atto, determinata dall'inosservanza delle norme giuridiche, con la differenza che l'atto nullo è, in quanto invalido, inefficace di diritto, e viene considerato *tamquam non esset*, mentre l'atto annullabile è comunque idoneo a produrre i suoi effetti che permangono nell'ordinamento giuridico fino a quando e solo se, su istanza di parte, non venga dichiarata, in via giudiziale, l'illegittimità dell'atto stesso.

**Prima della riforma della legge n. 241/1990**, dottrina e giurisprudenza avevano optato per un'impostazione del regime di invalidità del provvedimento amministrativo, autonoma rispetto al diritto civile: la categoria della nullità assumeva un rilievo residuale, limitato alle ipotesi di nullità testuale (espressamente comminata da una norma di legge) e ad altri casi di gravi difetti strutturali del provvedimento.

Non avevano, quindi, spazio nel diritto amministrativo le c.d. le **nullità virtuali**, derivanti dalla violazione di norme imperative che, pur in assenza della espressa sanzione della nullità, non siano assistite da altra sanzione, con la conseguente applicabilità della regola generale di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c. (*"il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente"*).

Le norme che disciplinano l'azione amministrativa e, in particolare, il provvedimento amministrativo sono tutte norme imperative giacché trovano fondamento nei principi costituzionali di buon andamento e di efficienza dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., e non sono disponibili per la Pubblica Amministrazione.

Tuttavia, ogni violazione di legge (anche di disposizioni imperative) costituisce vizio di legittimità, e quindi causa di annullabilità, dell'atto amministrativo; pertanto, la violazione di norma imperativa che nel diritto civile provoca nullità, nel diritto amministrativo si qualifica come vizio di violazione di legge, che determina invece l'annullabilità dell'atto.

Nel diritto amministrativo, dunque, la nullità costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi, oggi meglio definiti dal legislatore, in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza, come già detto, di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale è quella della nullità.

Una delle **novità introdotte dalla riforma della legge n. 241/1990** (legge n. 15/2005) è costituita dalla codificazione dell'istituto della nullità del provvedimento amministrativo (art. 21-*septies*).

L'art. 21-*septies* della (rinnovata) legge 241/1990 prevede che il provvedimento amministrativo è nullo quando:

- a) manchi degli elementi essenziali,
- b) sia viziato da difetto assoluto di attribuzione,
- c) sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato, ed infine
- d) in tutti gli altri casi espressamente previsti dalla legge (c.d. nullità testuali).

La nullità del provvedimento discende in questi casi dalla violazione delle norme che definiscono e, quindi, delimitano il potere di cui il provvedimento è esercizio (quando ad esempio gli elementi essenziali dell'atto non corrispondono a quelli predeterminati dall'ordinamento), mentre costituisce motivo di annullabilità la violazione di quelle norme che regolano l'esercizio del potere.

Anche dopo la riforma del 2005, **le cause di nullità** del provvedimento amministrativo hanno carattere tassativo e devono intendersi quale **numero chiuso**.

Parallelamente a quanto previsto dall'art. 1418 c.c., l'art. 21-*septies* stabilisce che è causa di nullità del provvedimento amministrativo la **mancanza degli elementi essenziali**. A differenza del codice civile, tuttavia, il legislatore amministrativo non ha indicato quali sono gli elementi essenziali del provvedimento (che, invece, per il contratto sono stabiliti dall'art. 1325 c.c.)

Questa "lacuna" rappresenta un momento di criticità della disciplina della nullità nel diritto amministrativo. Essa finisce, invero, per introdurre una nota di atipicità, che rischia di ridimensionare, almeno in parte, la tradizionale affermazione secondo cui la nullità del provvedimento amministrativo è una patologia tipica e tassativa, che opera solo nei casi espressamente previsti dalla legge.

La **codificazione della nullità strutturale** sembra, inoltre, contraddire quelle tesi pubblicistiche, secondo cui nel diritto amministrativo vi sarebbe poco spazio per il concetto di nullità strutturale (mancanza, impossibilità o illiceità di uno degli elementi o requisiti essenziali del provvedimento amministrativo), in quanto o la deficienza strutturale del provvedimento è tale da impedire di qualificarlo come esistente e si ricade quindi nella categoria dell'inesistenza dell'atto

amministrativo oppure il vizio strutturale non incide sull'esistenza del provvedimento amministrativo, ma soltanto sulla legittimità dello stesso, comportandone la semplice annullabilità.

La giurisprudenza, peraltro, ha **significativamente ridimensionato** la figura della **nullità strutturale**, compensando la mancata predeterminazione legislativa degli **elementi essenziali**, con una interpretazione particolarmente restrittiva dei casi di nullità.

Si è così affermato che, pur dopo l'inserimento nel sistema dell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, nr. 241, che ha codificato la nullità "strutturale" del provvedimento amministrativo (ossia per difetto dei suoi elementi essenziali), tale peculiare vizio possa essere *in concreto* ravvisato soltanto in **casi estremi e circoscritti**. Si è, in particolare, chiarito che, con riferimento all'**ipotesico difetto della causa**, che sul piano civilistico è causa di nullità del negozio, questo nella teoria del provvedimento amministrativo, laddove lo si identifichi con l'insussistenza dell'interesse pubblico che esso dovrebbe perseguire, costituisce una ordinaria ipotesi di annullabilità del provvedimento amministrativo, *ex art. 21-octies*, comma 1, della stessa legge nr. 241/1990, *sub specie* di eccesso di potere. Ciò discende non solo dalla peculiarità della patologia del provvedimento amministrativo rispetto a quella del negozio giuridico, nella prima essendo del tutto prioritario e prevalente l'aspetto "funzionale" (ossia la finalizzazione del provvedimento a un interesse pubblico), ma anche dall'eccezionalità del vizio di nullità rispetto alle ordinarie forme di illegittimità conoscibili dal giudice amministrativo, e rilevanti quali cause di annullabilità.

Nel tentativo di adattare al provvedimento amministrativo la disciplina civilistica sugli elementi essenziali del contratto, sia pure nell'ottica restrittiva di cui si è dato atto, possono essere ricondotte alla categoria della nullità strutturale le ipotesi di **indeterminatezza, impossibilità, inesistenza** dell'oggetto, inteso sia come *res* sia come persone su cui si concentrano le trasformazioni giuridiche causate dall'atto (si pensi ad un provvedimento di esproprio nei confronti di un soggetto deceduto o mai esistito).

Costituisce causa di nullità strutturale anche il **difetto della forma essenziale** del provvedimento, che ricorre, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, nelle ipotesi del difetto di sottoscrizione del provvedimento e della mancata verbalizzazione delle deliberazioni degli organi collegiali.

Vi rientrano pure le patologie relative al **soggetto**, quali l'inesistenza o il **vizio relativo all'investitura** o alla costituzione del soggetto che ha adottato il provvedimento amministrativo (ad es. il provvedimento adottato dal dirigente il cui incarico sia stato revocato o annullato o quello adottato dall'organo collegiale che abbia deliberato in mancanza del *quorum* strutturale) o la **mancanza della volontà** della Pubblica Amministrazione (il caso classico è quello della violenza fisica esercitata sul funzionario). È stata, così, ipotizzata la nullità del provvedimento per **assenza di**

**volontà** nell'ipotesi del funzionario che firma il provvedimento perché costretto con la minaccia, in caso di violazione delle norme che presiedono al procedimento di formazione della volontà dell'organo così grave da rendere il procedimento nullo.

Nell'ambito del provvedimento nullo per mancanza degli elementi essenziali viene ricompreso anche il caso del **venir meno dell'imputabilità dell'atto alla pubblica amministrazione** per interruzione del rapporto organico derivante dalla commissione di reati (la giurisprudenza, ad esempio, ha ritenuto nulla una concessione edilizia nel caso in cui la volontà dell'organo che ha adottato il provvedimento si sia formata in modo non libero e spontaneo, bensì in ambiente collusivo penalmente rilevante).

Per ciò che concerne la **tutela giurisdizionale contro il provvedimento nullo**, va, anzitutto, affrontato il tema del **riparto di giurisdizione**. Invero, la previsione della giurisdizione esclusiva del G.A. solo per una ipotesi di nullità dell'atto amministrativo (elusione o violazione del giudicato) pone il problema del riparto di giurisdizione in presenza degli altri casi di nullità del provvedimento.

È stato correttamente sostenuto che la giurisdizione non può mutare a seconda della invalidità che viene denunciata, in quanto essa si determina sulla base della situazione soggettiva conformata dal provvedimento amministrativo; il baricentro è costituito dalla situazione soggettiva che viene in rilievo ai fini della individuazione della giurisdizione del giudice amministrativo.

Va quindi respinta l'affermazione che esista una sorta di "giudice naturale" della nullità (per lo più identificato con il giudice ordinario). Al contrario, la soluzione più convincente è che la giurisdizione si determini in ragione delle situazioni giuridiche soggettive rispetto alle quali l'azione di nullità è destinata ad operare in termini di certezza. Se tali situazioni sono diritti soggettivi, l'azione andrà quindi proposta davanti al giudice ordinario, mentre andrà proposta davanti al giudice amministrativo se la situazione giuridica soggettiva di base è qualificabile come interesse legittimo, ovvero se si versa in una materia oggetto di giurisdizione esclusiva.

Va, tuttavia, respinta anche l'idea, sebbene talvolta sostenuta in dottrina, che ai fini di qualificare in termini di diritto o di interesse la situazione soggettiva del privato dinanzi all'atto nullo, dà rilievo all'inidoneità del provvedimento nullo a produrre l'effetto degradatorio.

In base a questa tesi, in presenza di interessi pretensivi non può che sussistere la generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, in quanto un determinato comportamento della amministrazione (viziato gravemente, perché l'atto è nullo) non è comunque in grado di produrre da solo, l'effetto ampliativo facendo sorgere *ex novo* una situazione di diritto prima inesistente. Sussisterebbe invece la giurisdizione del giudice ordinario, ad eccezione delle materie di giurisdizione esclusiva del G.A., in ipotesi di interessi oppositivi, aggrediti da un atto nullo e quindi inidoneo a produrre l'effetto degradatorio sul diritto soggettivo.

Questa impostazione risente della c.d. **teoria della degradazione**, secondo cui l'interesse legittimo oppositivo sarebbe nient'altro che un diritto soggettivo degradato, sicché laddove l'atto, per la sua nullità, non produce l'effetto degradatorio, la giurisdizione rimarrebbe al g.o.

Oggi la teoria della degradazione è, tuttavia, in gran parte superata. La tesi prevalente ritiene che non vi sia un diritto soggettivo che degrada ad interesse legittimo a seguito dell'emanazione del provvedimento. Si afferma, al contrario, che esistono, sin dall'origine e contestualmente, in capo al privato, **due distinte situazioni soggettive**: il diritto soggettivo (esercitabile nei confronti degli altri privati e della P.A. che non agisca con poteri autoritativi) e l'interesse legittimo al corretto esercizio del potere da parte della P.A.

Il privato, infatti, è titolare di un interesse legittimo anche prima del provvedimento tanto che già nel corso del procedimento può indirizzare l'esercizio del potere amministrativo.

Il **superamento della teoria della degradazione** comporta conseguenze anche ai fini risarcitori: il danno causato da un provvedimento ablatorio illegittimo potrà essere chiesto davanti al G.A. (perché la posizione tutelata è appunto di interesse legittimo) e l'azione risarcitoria sarà proponibile anche autonomamente rispetto all'azione di annullamento (non essendo più necessario provocare la rinascita del diritto soggettivo) (cfr. art. 30, comma 3, c.p.a.).

Il **criterio preferibile** per individuare, a fronte dell'agire amministrativo, interessi e diritti, fa così leva non tanto sulla gravità del vizio (nullità/annullabilità), ma sulla distinzione tra carenza di potere in astratto e cattivo uso del potere.

Quando il potere esiste (in astratto), anche se è male esercitato (in concreto), a prescindere dalla gravità del vizio, la situazione del privato è di interesse legittimo (e quindi la giurisdizione è del G.A.); quando invece il potere è carente, nel senso che la P.A. pretende di esercitare un potere che nessuna norma le attribuisce, la situazione del privato è di diritto soggettivo (devoluto alla cognizione del G.O.).

In base a questa impostazione, la giurisdizione del G.O. sul provvedimento nullo sussiste solo nel caso in cui la nullità dipende dalla carenza in astratto del potere (il c.d. difetto assoluto di attribuzione cui fa esplicito riferimento l'art. 21-*septies*). Nei casi in cui la nullità dipende da altri vizi (che comunque presuppongono l'esistenza in astratto del potere), la giurisdizione è del G.A.:

Si può, quindi, ritenere che anche rispetto provvedimento affetto da **nullità strutturale** la giurisdizione sia del G.A., a prescindere dalla distinzione tra interessi pretensivi e interessi oppositivi. Nei casi di nullità strutturale, invero, il provvedimento, sebbene privo degli elementi essenziali, costituisce comunque espressione di un potere esistente, il che vale a radicare in capo al privato una posizione di interesse legittimo e, quindi, la giurisdizione del G.A.

Ciò, del resto, trova conferma nel fatto che l'azione di nullità vede la sua disciplina nel Codice del processo amministrativo, il che avvalorava la conclusione che sia, di regola, il G.A. ad occuparsi del provvedimento nullo, tranne la particolare ipotesi di nullità per difetto assoluto di attribuzione.

La distinzione, ai fini del riparto di giurisdizione, tra atti nulli adottati in relazione a situazioni di interesse legittimo e atti nulli aventi la (sola) pretesa di incidere su diritti soggettivi comporta la necessità di alcune precisazioni in ordine alla questione delle modalità e dei termini per far valere la nullità dell'atto.

Il Codice prevede che la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il **termine di decadenza di centottanta giorni**, aggiungendo tuttavia che la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Quindi, se il privato ricorrente chiede l'accertamento della nullità di un atto deve rispettare il termine di decadenza di centottanta giorni, ma se l'accertamento della nullità viene chiesto dalla parte resistente (che in genere è l'amministrazione) tale limite temporale non si applica, come non si applica se il giudice rileva d'ufficio la nullità.

Il sistema non è chiaro e non sembra essere simmetrico: l'atto nullo è inefficace di diritto, ma in questo caso l'invalidità non può essere fatta valere da chi ha interesse a contestare l'atto, decorsi centottanta giorni, ma se la stessa nullità viene invocata — ad esempio — dall'amministrazione per sottrarsi dall'applicazione di un atto nullo favorevole ad un privato, non vi è alcun termine di decadenza per far valere il vizio. Si tratta di un regime che, in relazione a particolari controversie, potrebbe porre anche **problemi di costituzionalità**, laddove emergesse una disparità tra amministrazione e privato nel far valere o non valere la nullità di un provvedimento. La questione perde, tuttavia, gran parte della sua rilevanza pratica se si considera che la nullità può comunque essere rilevata d'ufficio dal giudice, il che certamente supplisce, in via di fatto, la mancanza di legittimazione del privato. La rilevabilità d'ufficio, peraltro, risulta incoerente con la regola della legittimazione relativa, che normalmente presuppone la non rilevabilità d'ufficio della relativa eccezione.

È proprio la **disciplina dell'eccezione** a rappresentare la principale differenza, a livello processuale, tra nullità e annullabilità. L'annullabilità si può far valere solo in via d'azione e decorso il relativo termine di decadenza il provvedimento diventa inoppugnabile, il che preclude al giudice amministrativo di rilevarne, incidenter tantum in via d'eccezione, l'annullabilità. La nullità si può, invece, far valere in via d'eccezione anche dopo che è scaduto il termine per proporre la domanda. La rilevabilità d'ufficio, sine die, della nullità si traduce nell'attribuzione al giudice amministrativo del potere di disapplicare il provvedimento nullo (a differenza del provvedimento annullabile che non è mai disapplicabile).

Va precisato che il termine decadenziale di centottanta giorni non opera per la nullità derivante da violazione o elusione del giudicato (cui si applica il termine decennale di prescrizione dell'actio iudicati), nonché per la nullità incidente su diritti soggettivi, da far valere dinanzi al giudice ordinario nel termine di prescrizione previsto per il diritto soggettivo azionato.

È stato già evidenziato che l'atto nullo è inidoneo a produrre conseguenze sul piano giuridico, in quanto, dal punto di vista dell'ordinamento, esso manca della necessaria forza per modificare la realtà giuridica preesistente. Tale inidoneità consegue al fatto che esso manca di uno o più degli elementi la cui presenza è ritenuta dal legislatore essenziale per dare ad esso rilevanza su questo terreno.

Di conseguenza, se il provvedimento amministrativo, anche illegittimo, è in grado di modificare, in senso positivo o negativo, l'altra sfera giuridica, tale idoneità non assiste invece il provvedimento nullo.

Tuttavia, il provvedimento nullo può essere comunque portato ad esecuzione e ciò pone l'ulteriore problema se sia ammissibile l'esercizio degli ordinari **poteri di autotutela della P.A.** o la sanatoria o conversione dell'atto.

Pur desumendosi dall'art. 1423 c.c. la generale regola della inammissibilità della convalida, è stato correttamente osservato che l'amministrazione, per la quale vale il principio di continuità della azione e di permanenza della medesima potestà, può rimuovere, in via postuma, i vizi dell'atto con valenza *ex nunc* e che deve ritenersi ammissibile la **conversione**, che tradizionalmente si manifesta in una operazione conservativa di tipo interpretativo-riduttivo, che modifica legalmente l'atto rispettandone lo scopo sostanziale.

Proprio la possibilità di un affidamento su un atto nullo dovrebbe costituire ragione per ritenere che l'amministrazione, pur non dovendo esercitare un vero e proprio potere di autotutela, possa essa stessa **accertare la nullità dell'atto** o **sostituendolo con altro valido** o eliminandolo anche formalmente dall'ordinamento onde evitare che si possano creare affidamenti. Deve ritenersi che l'amministrazione abbia in ogni caso il potere di dichiarare la nullità dei propri provvedimenti, e che tale potere sia esercitabile pressoché sempre, o che, comunque, il "termine ragionevole" entro cui il potere stesso vada esercitato debba essere interpretato, nei casi di nullità, con estrema latitudine.

Se il provvedimento "sostitutivo" interviene nel corso del giudizio di nullità, la parte ricorrente ha l'onere di impugnarlo (eventualmente con **motivi aggiunti**), verificandosi, in mancanza, l'improcedibilità dell'originario ricorso per sopravvenuta carenza di interesse: non vi è più interesse ad accertare la nullità di un provvedimento che l'amministrazione ha sostituito, con effetti *ex tunc*, con un provvedimento avente identico contenuto ma privo della causa di nullità che inficiava il precedente provvedimento).

Deve, inoltre, ritenersi che nonostante, la sua radicale inefficacia, dal provvedimento nullo possono derivare **danni risarcibili in capo al privato**. Ciò evidente nel caso in cui il provvedimento nullo incida su interessi pretensivi, negando illegittimamente un bene della vita spettante al privato (ad. es. il diniego nullo ad aprire un esercizio commerciale). Anche in caso di provvedimento nullo incidente su interessi oppositivi, l'ipotizzata possibilità che il provvedimento venga comunque portato ad esecuzione (e sia fonte, quindi, quanto meno di effetti materiali) lascia emergere la possibilità di configurare un danno e quindi che il privato possa proporre una domanda risarcitoria.

Tale possibilità sembra trovare conferma nella formulazione letterale dell'art. 30 c.p.a., che consente, per la tutela dell'interesse legittimo, la proposizione della domanda risarcitoria del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio del potere (senza distinguere tra annullabilità e nullità).

Si deve, tuttavia, evidenziare un **difettoso coordinamento**, sotto almeno due profili, tra la disciplina dell'azione di nullità e quella dell'azione di risarcimento del danno.

La **prima incongruenza** attiene al termine di decadenza, che per l'azione risarcitoria è unico (120 giorni), a prescindere dal tipo di invalidità (nullità o annullabilità) che inficia il provvedimento.

La **seconda incongruenza** riguarda l'azione risarcitoria successiva al passaggio in giudicato della sentenza che abbia accolto la domanda di impugnazione, che l'art. 30, co. 4, prevede solo in caso di proposizione di azione di annullamento. Nonostante, la mancanza di una disciplina espressa, non sembra, tuttavia, che vi siano ragioni tali da escludere questa possibilità nel caso in cui il giudicato, anziché annullare il provvedimento, né dichiarare la nullità.